

Juzgado Contencioso Administrativo 1 Girona (UPSD Cont.Administrativa 1)
Plaza de Josep Maria Lidón Corbí, 1
17001 Girona

REFERENCIA: *Recurso ordinario 226/2019*

Parte recurrente: *ASSOCIACION CATALANA DE RADIO*

Parte demandada: *AJUNTAMENT DE GIRONA*

SENTENCIA Nº 47/21

En Girona, a 9 de marzo de 2021

Vistos por mí, Asunción Loranca Ruilópez, Magistrada Juez titular del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Girona y su provincia, los presentes autos del recurso contencioso-administrativo procedimiento ordinario nº 226/19, en los que aparece como recurrente Associació Catalana de la Ràdio, representada por la Proc. Sra. Pascual Sala, asistido de la Letrada Sa. Cuyàs Palazón, frente al Ayuntamiento de Girona, representado y asistido por el Letrado Sr. Estanyol Bardera, en virtud de las facultades que me han sido conferidas, procedo a dictar la presente sentencia en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso en el plazo, se le dio el trámite procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo. Recibido el expediente se puso de manifiesto el mismo a la parte recurrente para que formulara su demanda dentro del plazo legal, lo que así hizo, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó precisos en orden a sus pretensiones, suplicando al Juzgado que dictara sentencia estimatoria del mismo.

SEGUNDO. Se dio traslado del escrito de demanda a la representación de la parte demandada para que lo contestara, como así hizo en tiempo y forma, alegando hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, y solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO. Recibido el pleito a prueba, se practicó la propuesta por las partes que se consideró admisible con el resultado que consta en autos y las partes presentaron escrito de conclusiones, quedando los autos vistos para sentencia.

CUARTO. La cuantía de este procedimiento asciende a 315.167,20 euros (importe del contrato).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas de la convocatoria del procedimiento abierto para la adjudicación de un contrato de servicios de producción, realización, edición y emisión de programas de la programación básica de la emisora municipal de radio del Ayuntamiento de Girona aprobados por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Girona en fecha 24 de mayo de 2019.

Por auto de 20 de noviembre de 2020 se acordó ampliar el recurso al Decreto de Alcaldía de Girona de 29 de agosto de 2019 de adjudicación del contrato citado a favor de la empresa Montcau Produccions SL, por importe de 315.167,20 euros, y también frente a la formalización del contrato en fecha 25 de septiembre de 2019.

SEGUNDO. Expresado de forma sintética, en la demanda se aduce que el servicio público de programación radiofónica ha de ser prestado en régimen de gestión directa; que el objeto de la convocatoria impugnada no se compadece con ninguno de los medios de gestión directa de los servicios públicos locales y que se está contratando la prestación del servicio con una sociedad mercantil de carácter privado, lo que determina que el servicio se esté prestando por gestión indirecta; que el artículo 23 de la LCA determina las actuaciones que ha de asumir la administración de forma directa y las que pueden ser objeto de externalización, en concreto, la administración debe asumir la definición, elaboración y distribución de los contenidos audiovisuales, sin perjuicio de obtener del sector privado soporte y colaboración.

Añade que el Acuerdo de 18 de marzo de 2008 del Consejo de lo Audiovisual de Cataluña, referido a la televisión digital terrestre y que puede aplicarse al caso de la radio, expresó la necesidad de que el ente público dispusiera de una infraestructura y medios suficientes que garantizaran la realidad de la prestación del servicio y que había de mantenerse la capacidad de decisión de la configuración de la parrilla de programación en la vertiente organizativa y en la de elaboración de los contenidos y de los servicios con la posibilidad de participación de la empresa privada. Añade que el mantenimiento por parte de los entes locales de potestades de dirección y control también es propio de la prestación del servicio de forma indirecta.

Considera que el servicio contratado por la demandada excede de los límites de externalización permitidos; que el propio contratista ha diseñado la programación, externalizándose el 100% del contenido de programas de elaboración propia y el 100% de la gestión de la programación total y que todos los medios, excepto la antena y el centro emisor, han de ser facilitados por el contratista.

Entiende que la convocatoria, la adjudicación y la formalización del contrato son nulas de pleno derecho porque suponen la adquisición por la adjudicataria de facultades y derechos sin cumplir con los requisitos exigibles.

TERCERO. La demandada contesta la demanda oponiéndose a la misma y alegando, en síntesis, que es titular de una emisora municipal de radio que inicialmente fue gestionada a partir de convenios con consorcios; que con la finalidad de proceder a la gestión directa del servicio, el 17 de diciembre de 2018 fue aprobado el establecimiento del servicio público de la emisora de radio municipal y el reglamento del mismo y que, ante la necesidad de recabar la colaboración exterior para la debida prestación del servicio por falta de medios materiales y humanos, se procedió a convocar la licitación impugnada.

Se aduce que el Ayuntamiento presta el servicio en régimen de gestión directa ya que no se ha cedido la gestión íntegra del servicio sino que se contratado el soporte y colaboración de una entidad privada con la finalidad de obtener medios materiales y profesionales diferentes de los del ente local mediante la oportuna licitación, de conformidad con el artículo 23.3 de la Ley 22/2005, por lo que solicita la desestimación del recurso.

CUARTO. No se discute por las partes que el servicio de radiodifusión pública en Cataluña deba ser prestado en régimen de gestión directa. En concreto, el artículo 23 de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, Comunicación audiovisual de Cataluña, dice:

“Artículo 23. Definición general y alcance del servicio público de comunicación audiovisual.

1. El servicio público de comunicación audiovisual de Cataluña consiste en la prestación de servicios de comunicación audiovisual bajo el régimen de gestión directa por parte de la Generalidad, de los entes locales de Cataluña o de los consorcios, de acuerdo con lo establecido por la presente ley.

2. La prestación del servicio público de comunicación audiovisual dentro del ámbito establecido por el apartado 1 comporta que el ente o el organismo encargado de su gestión directa debe definir, elaborar y distribuir, bajo su responsabilidad, un conjunto de programas, contenidos y servicios audiovisuales orientados a la creación de las condiciones necesarias para la plena eficacia de los derechos fundamentales de libertad de información y de libre expresión, y debe facilitar la participación de los ciudadanos de Cataluña en la vida política, económica, cultural y social del país.

3. La prestación del servicio público de comunicación audiovisual puede contar, de acuerdo con lo establecido por la presente ley, con el apoyo y la colaboración de entidades y sujetos privados en los casos en que sea necesaria la disponibilidad de medios materiales o profesionales diferentes de los del ente o la sociedad responsable de la gestión directa del servicio, sin perjuicio de su gestión directa, y de una forma particular cuando ello permita impulsar el sector audiovisual de Cataluña. En todos los casos la decisión debe ser motivada”.

Por su parte, el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local señala que: “1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de

sus competencias.

2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos”.

En el informe obrante a los folios 1 y siguientes del EA se hace referencia al Acuerdo de 17 de septiembre de 2018 que aprobó el establecimiento del servicio público de emisora de radio municipal y al reglamento del servicio así como al Acuerdo del Consejo Rector de 30 de abril de 2019 que aprobó el plan de programación y se expresa que el Ayuntamiento quiere gestionar de manera directa este servicio con la externalización de una parte del mismo que se hará mediante la licitación de un procedimiento abierto de contrato de servicios.

Se añade que la Oficina de Comunicación no dispone de medios humanos ni técnicos necesarios para llevar a cabo la ejecución del contrato que tendría por objeto la prestación del servicio de producción, realización, edición y emisión de los programas de la programación básica de la emisora.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares (folio 91 del EA) se expresa la necesidad de que los licitadores aporten una memoria de la parrilla de programación, que describa los programas así como los recursos humanos y técnicos que se destinaran a las distintas fases y también la misión del plan de programación a la que darán cumplimiento, además de la dedicación horaria prevista. Y se añade que la parrilla ha de indicar los programas que se emitirán las 24 horas del día, los 7 días de la semana, con las especificidades temporales de cada periodo, debiendo cada uno de los programas propuestos dar respuesta a una

serie de apartados que cita.

Al folio 94 del EA se detallan las facultades del Ayuntamiento, en concreto, las generales y específicas determinadas en el reglamento de organización y funcionamiento de la emisora municipal así como las relativas a la realización de inspecciones sobre el servicio y la de impartir las órdenes e instrucciones necesarias para mantener o restablecer los niveles establecidos en la prestación del servicio, además de poder imponer penalidades, interpretar el contrato o declarar su resolución.

En la cláusula primera del pliego de prescripciones técnicas (folio 99 del EA) se determina que el objeto del contrato consiste en la prestación del servicio de producción, realización, edición y emisión de los programas de la programación básica de la emisora. Se define el concepto de producción que incluye la conducción, locución, redacción y guionaje de los programas así como todas las tareas que se deriven de una correcta emisión de la programación contratada.

El contrato incluye la gestión de la publicidad y patrocinio de programas que cobrará el Ayuntamiento mediante el establecimiento de un precio público.

Se sigue diciendo que conforme al plan de programación, la básica supone una dedicación aproximada del 40% del total semanal/o mensual e incluye los informativos, los magazines, los programas deportivos, culturales y de música.

En la prescripción tercera se detallan las prestaciones a realizar conforme al plan de programación y en la prescripción cuarta se plasman las condiciones y el contenido mínimo de la programación que debe respetar los principios de información y participación ciudadana y de promoción del conocimiento y difusión de la lengua y cultura catalanas, promoción del civismo, la convivencia y el desarrollo plural y democrático de la sociedad.

En la prescripción quinta se determina que la adjudicataria deberá aportar los medios profesionales, personales y técnicos necesarios para llevar a término la propuesta de parrilla, debiendo la adjudicataria aportar locales (propios o en alquiler, ubicados en Girona, folio 102 EA) donde llevar a cabo la actividad ya que el Ayuntamiento no dispone de los mismos.

El hecho de que exista un reglamento de implantación del servicio y un plan de programación no implica por sí solo que el servicio sea prestado de forma directa por el Ayuntamiento. Por el contrario, el contenido de los pliegos y de las prescripciones de la convocatoria permite concluir que la demandada ha dejado en manos de la adjudicataria la gestión íntegra del servicio público de emisora municipal.

No puede obviarse que la adjudicataria no solo se encarga de la elaboración de la programación (con sujeción a los principios a los que se ha hecho referencia) sino que también determina el contenido de los programas, selecciona a los intervinientes y facilita las instalaciones y los medios personales y técnicos necesarios para prestar el servicio. Y, a mayor abundamiento, puede encargarse de la gestión de la publicidad y de patrocinios de programas.

La demandada no ha determinado qué concreta actuación lleva a cabo para la gestión directa del servicio, considerándose acreditado por la documental y testifical practicada que no se ha externalizado una parte del servicio (como dice en el informe obrante a los folios 1 y siguientes del EA) sino el servicio en su integridad.

Conviene señalar que la existencia de un Consell Rector, de una Dirección del

servicio y de un Consell Asesor no resulta suficiente para entender que se lleva a cabo una gestión directa del servicio. En su declaración testifical la Sra. Planas, técnica responsable del servicio, manifiesta que en el plan de programación se fijan los principios que han de regir la misma y que existe un espacio en google drive compartido con la adjudicataria que permite un contacto constante entre las partes, en el que aparecen la escaleta y los datos de los invitados y que deben rendirse cuentas ante el Consell de forma periódica. El contenido de dicha declaración abunda en la conclusión de que en realidad se ha cedido la gestión de la emisora municipal a la adjudicataria que no se limita a proporcionar un apoyo accesorio sino que efectúa todo lo necesario para la prestación del servicio. La existencia del espacio de información al que hace referencia la testigo o la rendición periódica de cuentas ante el Consell son manifestaciones de la facultad de control que corresponde a la demandada pero no implica que el servicio se preste de forma directa y lo mismo puede decirse del hecho de que se haya suscrito un contrato de servicios, debiéndose estar al real contenido del mismo para determinar si existe o no gestión directa.

Es por todo que procede la estimación de la demanda, anulando las resoluciones administrativas impugnadas.

QUINTO. No se hace especial condena en costas dadas las dudas que presenta la resolución del asunto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimo el recurso contencioso-administrativo formulado por Associació Catalana de Ràdio, representada por la Proc. Sra. Pascual Sala frente a las resoluciones a las que se refiere el fundamento de derecho primero de esta sentencia, que se anulan y dejan sin efecto por no ser conformes a Derecho, y sin hacer especial condena en costas.

Contra esta resolución puede interponerse recurso de apelación en el término de quince días, que sólo se admitirá previa constitución de un depósito de 50,00 euros, que se ingresará en la cuenta de este Juzgado 1685 0000 93 0226 19, con la advertencia que, de no constituirlo, se dictará auto que ponga fin a la tramitación del recurso, quedando firme la resolución impugnada, todo ello de acuerdo con la Disposición Adicional Quinceava de la LO 1/1985, del Poder Judicial, según la redacción dada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Expídase un testimonio para su unión a las actuaciones e insiérase el original en el libro de sentencias definitivas del Juzgado.

Conforme a lo dispuesto en el Reglamento (EU) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, hago saber a las partes que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada y bajo la salvaguarda y la responsabilidad de la misma y en donde serán tratados con la máxima diligencia.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

La magistrada juez

PUBLICACIÓN. La Ilma. Magistrada Juez que ha dictado la anterior sentencia la ha leído y la ha publicado en audiencia pública el mismo día de la fecha. Doy fe.